

LOS INSTRUMENTOS DE DEFENSA COMERCIAL DE LA CE TRAS LA RONDA URUGUAY Y DEL GATT*

PEDRO M. LORENTI (H) **

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. REGLAMENTO Nº 384/96/CE SOBRE DUMPING.- Iniciación de investigaciones.- 1. Elusión.- 2. Plazo de vigencia de las medidas provisionales.- III. REGLAMENTO Nº 2026/97 CE SOBRE DEFENSA CONTRA LAS IMPORTACIONES SUBVENCIONADAS.- 1. Concepto de importaciones subvencionadas.- 1.1. El Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias del GATT.- 1.2 El Reglamento 2026/97/CE.- 1.3. Posible interpretación de las diferentes clasificaciones.- 1.3.1.El Acuerdo.- 1.3.2. El Reglamento.- 1.3.3. Valoración de la norma comunitaria.- 2. Iniciación de investigaciones.- 3. Elusión.- IV. REGLAMENTO Nº 3285/94/CE APLICABLE A LAS IMPORTACIONES (MEDIDAS DE SALVAGUARDIA).- 1. Condiciones.- 1.1. Requisitos básicos.- 1.2. El requisito del "interés comunitario".- 2. Medidas de vigilancia.- 3. Los contingentes cuantitativos.- 3.1. Régimen existente en forma previa.- 3.2. Régimen del Reglamento CE 3285/94.- V. REGLAMENTO Nº 3286/94/CE DE PROCEDIMIENTOS COMUNITARIOS EN EL ÁMBITO DE LA POLÍTICA COMERCIAL COMÚN ("Trade Barriers Regulation").- 1. Sometimiento a normas internacionales.- 2. Ambito de actuación de particulares.- 3. Garantías procedimentales previas a la adopción de medidas.- 4. Valoración del Reglamento en análisis.- VI. CONCLUSIONES.- 1. Violación del GATT.- 2. Violación del Derecho Comunitario.

*. El presente trabajo, ha sido efectuado en el marco del curso de doctorado "La OMC y la Unión Europea", de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Agradezco al profesor D. Carlos Espósito Massicci sus sugerencias y comentarios a versiones anteriores de este trabajo.

** Licenciado en Derecho por la Universidad de Buenos Aires (Argentina); Master en Derecho Administrativo por la Universidad Austral (Argentina); Master en Derecho Comunitario Europeo por la Universidad Autónoma de Madrid; Master en Administración Pública (MC/MPA, Edward S. Mason program), J.F. Kennedy School of Government, Harvard University; doctorando en el Programa de Doctorado en Derecho Público y Filosofía Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid.

I. INTRODUCCIÓN

El Tratado de la Comunidad Europea (en adelante TCE), en su artículo 133 -principalmente-, encomienda a las instituciones comunitarias la realización de una "Política Comercial Común" (en adelante PCC). La norma citada, no obstante, no define el contenido de dicha política, limitándose a enunciar las medidas que la constituyen. Tal enunciación, ha sido reiteradamente interpretada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE) quien señaló su carácter no exclusivo y, por ende, la posibilidad de su extensión a otros supuestos no contemplados¹. En base a lo expuesto, la doctrina ha intentado definir el concepto de PCC, como paso necesario para la ulterior determinación de cuáles serían tales contenidos. En tal sentido, Ehlermann considera que integran la PCC aquellas medidas que regulan abierta y específicamente el comercio de la CE con terceros países -a menos que el TCE disponga expresamente otra cosa a su respecto-, como también toda otra medida que, sin ser de la especie indicada, tenga como propósito dominante el influir en el volumen del flujo del referido comercio².

El art. 133.1 TCE incluye dentro de la PCC a las medidas de protección del comercio, refiriéndose expresamente a los casos de dumping e importaciones subvencionadas. En ejercicio de esta competencia normativa, la CE ha procedido a dictar diversas disposiciones tendentes a evitar y contrarrestar los efectos de tales prácticas, lesivos para la actividad económica de los Estados miembros. Ello no sólo se ha hecho en los dos supuestos previstos en dicha norma del Tratado, sino asimismo en otros más que, a la luz de la concepción extensiva que hemos referido, también integran el ámbito de la PCC.

En la actualidad, este sector de la política comunitaria ha recibido el impacto provocado por la conclusión de la Ronda Uruguay de negociaciones del GATT de 1994, en las cuales ha intervenido la CE y cuya consecuencia más relevante -bien que no única- ha sido el establecimiento de la Organiza-

¹. Primeramente, afirmó que los alcances de la misma no debían ser menores que los que habitualmente poseían las políticas comerciales de los Estado miembros, haciendo especial hincapié en que las medidas de instrumentación respectivas podían ser tanto externas como internas (Dictamen 1/75). Posteriormente, el Tribunal también sostuvo que las medidas enunciadas en el art. 113 transcripto no debían considerarse excluyentes, con lo cual se estableció la interpretación extensiva de los contenidos de la PCC (Dictamen 1/78).

². Eugene Creally, "Judicial Review of Anti-dumping and other Safeguard Measures in the European Community", *Current EC Legal Developments Series*, Butterworths, Hampshire (U.K.), 1992, pág. 5.

ción Mundial de Comercio (en adelante OMC), como órgano multilateral destinado a impulsar la liberalización del comercio internacional y en cuyo seno deberán resolverse las futuras controversias entre los Estados firmantes de los Tratados respectivos³. Dado que los Acuerdos suscritos en dicha oportunidad incluyen previsiones relacionadas con instrumentos de defensa comercial, la normativa hasta entonces vigente debió modificarse para incorporar tales disposiciones.⁴

La adaptación de las regulaciones comunitarias a lo establecido en los Acuerdos OMC ha distado mucho de ser pacífica. Frecuentemente se ha acusado a la PCC de perseguir objetivos proteccionistas que chocarían con la liberalización del comercio promovida en la referida esfera internacional. Este problema se hace más agudo aún cuando se trata de los instrumentos de defensa comercial, dado que, además de cumplir con su finalidad debida, pueden también utilizarse para erigir escollos insalvables a las importaciones legítimas de terceros países.⁵

³ Con fecha 22 de Diciembre de 1994, el Consejo sancionó la Decisión 94/800/CE, mediante la cual se aprobaron "... en nombre de la Comunidad Europea, por lo que respecta a la parte correspondiente a las competencias de la misma, los acuerdos y actos multilaterales siguientes: ... - el Acuerdo por el que se crea la Organización Mundial del Comercio, al igual que los acuerdos que figuran en los Anexos 1, 2 y 3 de dicho Acuerdo; ... - las decisiones y declaraciones ministeriales, así como el Memorándum de acuerdo sobre los compromisos relativos a los servicios financieros, que figuran en el Acta final de la Ronda Uruguay" -Art. 1.1.-.

⁴ Así, la Comisión remitió su propuesta al Consejo con fecha 5 de octubre de 1994. Luego de diversos análisis y discusiones acerca de la conveniencia de emitir todas las medidas en un solo acto o bien sancionar distintas normas, con los ineludibles cuestionamientos y análisis sobre la base jurídica pertinente en cada supuesto, así como también de la intervención meramente consultiva del Parlamento Europeo -salvo en un caso que se instó el procedimiento de codecisión del art. 189 B TCE-, el Consejo finalmente adoptó los Reglamentos respectivos en la misma fecha de la Decisión 800/94/CE, esto es el día 22.12.94. Para una descripción del proceso someramente narrado, ver Pter L. H. Van den Bosche, "The European Community and the Uruguay Round Agreements", en la obra *Implementing the Uruguay Round*, ed. John H. Jackson - Alan O. Sykes, New York, Clarendon Press, 1997, págs. 86/92.

⁵ Van den Bosche, "The European Community...", op. cit. (nota 4), págs. 90/91, se hace referencia a las críticas que varios estados miembros efectuaron a las propuestas de la Comisión, ya que en algunos casos se temía que terceros países las vieran como una intención de la CE de no cumplir con los resultados de la Ronda Uruguay -el caso del Reglamento 3286/94- y en otros, existían divergencias sobre conceptos y criterios de naturaleza técnica en torno a las normas entonces en proyecto. En cuanto al uso de tales instrumentos, el mismo ha sido objetado por Kees jan Kuilwijk ("The European Court of Justice and the GATT dilemma: public interest versus individual rights?", Beuningen: Nexed Editions - Center for Critical European Studies, 1996, Cap. VIII, punto F), que serán citadas nuevamente *infra*.

El presente trabajo analizará, entonces, la compatibilidad de ciertos instrumentos de defensa comercial, con los respectivos Acuerdos OMC. Hemos seleccionado cuatro de tales instrumentos para su estudio: los relativos al dumping⁶, las importaciones subvencionadas⁷, las medidas de salvaguardia⁸ y las medidas para proteger las exportaciones comunitarias ("trade barriers regulation")⁹. Estos cuatro poseen una nota común, como es su finalidad de

⁶ Una aproximación al concepto de dumping la brinda Clive Stanbrook, en su obra *Dumping. A Manual on the EEC Anti-Dumping Law and Procedure*, European Business Publications, Chequers (UK), 1980, págs. 3/4: "The term 'dumping' is used to describe the circumstances in which an exporter exports at a lower price than when selling the product on his domestic market. This normally occurs only when the exporter has some form of protection, whether by duties, by patents, or by market dominance in the home market. A product which is dumped will probably be cheap. Not all cheap imports are dumped." Si bien la figura del dumping existe en prácticamente todas las legislaciones, incluso en el Art. VI del GATT, actualmente se discute hasta su misma existencia como ilícito comercial: "However, a number of economists argue that the perception of dumping as unfair is mistaken, and that though anti-dumping laws may have been justified in the past, the progressive abolition of tariffs, combined with though anti-trust enforcement, has rendered these laws largely unnecessary. Some scholars even go so far as to submit that there is no economic justification for these measures according to free trade principles, and that they merely amount to instruments of protectionism." (Ivo Van Bael - Jean François Bellis, "Anti-Dumping and Other Trade Protection Laws of the EEC", *Cch Ed. Ltd.*, 1990, pág. 30).

⁷ Los subsidios ilegítimos a las importaciones han sido definidos como "... government payments and other extraordinary economic benefits, generically referred to as 'subsidies', granted to foreign producers or exporters which distort competition in international trade. ... these subsidies, per se, do not have a pernicious effect upon trade. They may have, however, a devastating impact in the world market if applied in a manner which unfairly benefits companies producing or distributing merchandise for sale overseas. In these applications, subsidies can become vehicles of protection which upset market forces and inflict serious injury to competing overseas enterprises." (Joseph E. Pattison, *Antidumping and Countervailing Duty Laws*, Clark Boardman Callaghan, New York, 1995, pág. 1-6).

⁸ Las medidas de salvaguardia, previstas en el art. XIX del GATT, se traducen en el impedimento o disminución de importaciones cuya gran cantidad, bajo precio -siempre que no se trate de supuestos de dumping o importaciones subvencionadas- o demás condiciones pueden causar un grave daño a la industria local del bien en cuestión o de productos en competencia. (ver Creally, "Judicial Review...", op. cit. (nota 2), pág. 30; y Van Bael - Bellis, "The European Community...", op. cit. (nota 6), pág. 288).

⁹ Las medidas que afectarían a las exportaciones comunitarias y que se pretenden atacar mediante el "trade barriers regulation", han sido descriptas como "... other forms of unfair trade practices not caught by the anti-dumping, anti-subsidy or safeguard measure provisions. The majority of these take the form of non-tariff barriers, such as discriminatory treatment of imported goods vis-à-vis domestic goods and infringement of intellectual property rights, ..." (Creally, "Judicial Review..." op. cit. (nota 2), pág. 34).

combatir prácticas comerciales “ilegítimas” de terceros países que perjudicarían a la CE. Paralelamente, hemos considerado conveniente no incluir otras normativas que, o bien regulan supuestos específicos o bien involucran aspectos concernientes a otras políticas comunitarias (como sería el caso de la Política Agrícola Común) y en los cuales no necesariamente se intenta evitar la consumación de un acto ilícito, sino establecer un régimen de excepción a los principios de “free trade”. Son, pues, la referencia a las prácticas ilegítimas y la generalidad de su alcance, los elementos que nos permiten diferenciar a estas cuatro medidas; así como la posibilidad de su desnaturalización la que hace interesante su comparación con las previsiones de los Acuerdos OMC¹⁰.

En la actualidad, las medidas de defensa comercial a que nos referiremos han sido reguladas e instituidas en cuatro diferentes Reglamentos¹¹: Al estudiar cada uno de ellos, se lo comparará con las normas internacionales que disciplinan la misma materia y se señalarán las diferencias que se advierten entre unos y otros, para concluir analizando si existe armonía o contradicción entre ambos órdenes normativos¹².

II. REGLAMENTO N° 384/96/CE SOBRE DUMPING.

Mientras la Ronda Uruguay del GATT se llevaba a cabo, el Reglamento N° 2423/88 CEE del Consejo¹³ regulaba lo relativo tanto a la defensa contra el

¹⁰. Ver a este respecto Kuilwijk, “The European Court ...”, op. cit. (nota 7), en especial Cap. II.

¹¹. Se trata de los siguientes Reglamentos del Consejo:

a) N° 384/96 sobre defensa contra las importaciones objeto de dumping originarias de países no miembros de la Comunidad Europea;

b) N° 2026/97 sobre defensa contra las importaciones subvencionadas originarias de países no miembros de la Comunidad Europea;

c) N° 3285/94 sobre el régimen común aplicable a las importaciones y por el que se deroga el Reglamento N° 518/94/CE;

d) N° 3286/94 por el que se establecen procedimientos comunitarios en el ámbito de la política comercial común con objeto de asegurar el ejercicio de los derechos de la Comunidad en virtud de las normas comerciales internacionales, particularmente las establecidas bajo los auspicios de la Organización Mundial del Comercio.

Los dos últimos han sido publicados en el DOCE N° L 349 del 31.12.94, págs. 1 y siguientes y los dos primeros en el DOCE N° L 56 y en el DOCE N° L 288, respectivamente.

¹². Para evitar repeticiones innecesarias, en cada capítulo nos referiremos al “Reglamento” y al “Acuerdo” respectivamente, para hablar del Reglamento de defensa comercial de que se trate y de las normas del GATT/OMC aplicables.

¹³. DOCE N° L 209/1 del 02.08.88.

dumping como contra las importaciones subvencionadas -posteriormente modificado por el N° 521/94 CE, también del Consejo¹⁴-.

Una vez concluidas dichas negociaciones multilaterales en 1994, se consideró necesario regular ambas temáticas en diferentes normas¹⁵. Así, entonces, se sancionó el Reglamento N° 3283/94/CE del Consejo¹⁶, que reemplazó al 2423/88/CEE y que se concentró exclusivamente en la regulación del dumping. Recibió modificaciones puntuales en los ulteriores Reglamentos CE Nros. 522/94¹⁷, 355/95¹⁸ y 1251/95¹⁹ del Consejo, en lo relacionado con ciertos plazos y con su ámbito de vigencia temporal.

El Reglamento N° 3283/94/CE, finalmente, fue reemplazado por el N° 384/96/CE comentado en este trabajo²⁰, que mantuvo su ámbito de aplicación material a los supuestos de dumping únicamente.

Mediante esta norma, en consecuencia, se implementa en la actualidad el Acuerdo relativo a la aplicación del art. VI del GATT de 1994, en muchos casos casi textualmente y en otros, desarrollando sus contenidos. Señalaré seguidamente las diferencias entre ambos textos que, en mi criterio, son relevantes.

1. Iniciación de investigaciones

El Acuerdo sobre la aplicación del art. VI del GATT, prevé dos supuestos en que puede iniciarse una investigación: la solicitud escrita efectuada por la producción nacional o en su nombre -art. 5.1.- y la iniciación de oficio por la autoridad competente, pero solamente en "circunstancias especiales" -art. 5.6.-. En el primer caso, habrá de examinarse exhaustivamente la pertinencia de la denuncia efectuada, tanto en lo tocante a los hechos y pruebas aportados,

¹⁴. DOCE N° L 66/7 del 10.03.94.

¹⁵. Ver considerando 3° de los Reglamentos Nros. 3283/94/CE y 384/96/CE, seguidamente referidos en el texto.

¹⁶. DOCE N° L 349/1 del 31.12.94.

¹⁷. DOCE N° L 66/10 del 10.03.94.

¹⁸. DOCE N° L 41/2 del 23.02.95.

¹⁹. DOCE N° L 122/1 del 02.06.95.

²⁰. Los considerandos 31 a 34 del nuevo Reglamento brindan las razones de la sanción de la nueva norma y del remplazo de la anterior, haciendo hincapié en los "significativos errores" advertidos en el texto de este último y que se hicieron aparentes luego de su publicación, lo cual llevó a su remplazo en interés de la "claridad, transparencia y seguridad jurídica".

como en lo que respecta a la representatividad de quien la formula -i.e., que efectivamente exista apoyo del sector industrial afectado por el presunto dumping-, conforme surge de los arts. 5.3 y 5.4.

Por su parte, el Reglamento tiene dos disposiciones análogas en sus artículos, también, 5.1 y 5.6. Además de ellas, el art. 9.1 prevé que en caso que la denuncia sea "... retirada, se podrá dar por concluido el procedimiento, a menos que dicha conclusión no convenga a los intereses de la Comunidad".

En mi opinión, esta última disposición desnaturaliza el sistema del Acuerdo, ya que se abre una nueva vía de actuación de oficio para las autoridades comunitarias. En efecto, si según los arts. 5.6 de ambos textos normativos, dicha actuación de oficio solamente procede en caso de mediar "circunstancias especiales", la Comisión no debería poder continuar con una investigación iniciada por denuncia de un particular, que luego desiste de ella, sin que medien aquí tales razones excepcionales. De este modo, el Reglamento otorga a su autoridad de aplicación mayores competencias de investigación que las previstas en el Acuerdo, al permitirle actuar por propia decisión en casos que no están contemplados en los aludidos arts. 5.6.

Esta ampliación de la discrecionalidad de la Comisión, a mi criterio, implica apartarse de la letra y el espíritu del GATT, cuya filosofía liberalizadora no se condice con el otorgamiento de amplias zonas de libre arbitrio a las autoridades en lo atinente a restricciones al libre comercio, aún en materias específicamente combatidas por el referido convenio internacional, como sería en el caso del dumping.²¹ Al respecto, más allá del uso que de estas atribuciones haga la Comisión, habrá que aguardar también la postura que adopte el Tribunal de Justicia, que al momento presente se ha expedido en situaciones similares producidas bajo la normativa anterior²².

^{21.} El Reglamento CEE N° 2423/88 tenía disposiciones similares a las aquí analizadas, previéndose en su art. 5 la posibilidad de "queja" por personas físicas y jurídicas o bien asociaciones que actuaran en representación o en nombre de sectores de la Comunidad -art. 5.1.- o por un estado miembro -art. 5.6.-. No se preveía, en cambio, la iniciación de oficio de actuaciones por la Comisión, pero sí la posibilidad de mantener abierta una investigación pese a la retirada de la queja por su representante, en caso de mediar interés suficiente de la Comunidad -art. 5.4.-. Los artículos 5.1, 5.6 y 9.1 del Reglamento N° 3283/94/CE son similares a los del actual Reglamento, que no ha innovado en nada a su respecto.

^{22.} Un importante precedente del TJCE sobre esta temática, ha sido el asunto C-216/91, "*Rima Electrometalurgia c/ Consejo*" ([1993] ECR I-6303), en cuyo considerando 16 se afirmó la necesidad de suficiente prueba del dumping y del perjuicio, como requisito necesario para la iniciación de procedimientos antidumping.

2. Elusión

La materia referida en el título de este punto, está regulada en el art. 13 del Reglamento y ha sido definida como “... *un cambio en las características del comercio entre países terceros y la Comunidad derivado de una práctica, proceso o trabajo para el que no exista una causa o una justificación económica adecuadas distintas de la imposición del derecho, y haya pruebas de que se están burlando los efectos correctores del derecho por lo que respecta a los precios o las cantidades del producto similar y existan pruebas de dumping en relación con los precios normales previamente establecidos para productos similares o parecidos*”.²³

En el considerando 20 del Reglamento, se hace expresa referencia a la falta de regulación de la “elusión” en el Acuerdo relativo a la aplicación del

El Tribunal de Primera Instancia aplicó este criterio en fecha más reciente, -29 de Enero de 1998-, en el asunto T-97/95, “*Sinochen National Chemicals Import & Export Corporation c/ Comisión*”, donde se debatió la legitimidad de una investigación por dumping iniciada de conformidad con el Reglamento 2423/88/CEE, con relación a la importación de furfuraldehído desde la República Popular China a territorio de la CE. En lo que a este trabajo interesa, parte de la impugnación se fundó en que la Comisión habría extendido la investigación a ámbitos no contenidos en la denuncia presentada por la empresa perjudicada, Furfural Español S.A. -ver considerandos 25/39-. El Tribunal consideró que no había habido ningún exceso de la Comisión, ya que el alcance del procedimiento se determinó en base a documentación confidencial presentada por la empresa española -y a la cual la impugnante no había tenido acceso-, que acreditaba la total magnitud del perjuicio invocado. Así, no obstante que se validó lo actuado por la Comisión, ello se justificó en la medida en que dicho obrar se ajustó al contenido de la denuncia que originó el procedimiento antidumping. Si bien ambos casos se resolvieron bajo la normativa anterior, creo interesante señalar que el criterio de los órganos jurisdiccionales vincula de modo esencial la competencia de la Comisión a los hechos alegados por la parte perjudicada. Si este criterio se mantiene, cuesta imaginar un supuesto en que una empresa retire su denuncia -lo que equivaldría a decir que desapareció el perjuicio que el supuesto dumping le provocaba- y la Comisión encuentre razones para seguir adelante con esa misma investigación. En consecuencia, el ámbito de vigencia del art. 9.1 del Reglamento N° 3283/94/CE podría verse severamente restringido, si no prácticamente eliminado. Si el TJCE y el TPI deciden mantener su jurisprudencia anterior, podrían eventualmente recurrir a esta interpretación restrictiva de la norma en cuestión y evitar así la -para ellos- espinosa cuestión del control de la legalidad del reglamento comunitario a la luz del Acuerdo OMC respectivo.

²³. Esta definición normativa ha sido comentada y objetada en razón de su ambigüedad, por Paulette Vander Schueren, “New anti-dumping rules and practice. Wide discretion held on a tight leash?”, *Common Market Law Review*, vol 33, n° 2, 1996, pág. 292.

Art. VI del GATT, “... aunque una decisión ministerial *ad hoc* del GATT reconoce el problema de la elusión y lo somete al Comité antidumping del GATT para su resolución ...”. Con este solo fundamento, entonces, el Reglamento colma “... las lagunas de las negociaciones multilaterales en este aspecto ...” e incluye las prescripciones indicadas²⁴.

Cabe cuestionarse la procedencia de la referida regulación, ya que por su intermedio se amplía el espectro de prácticas comerciales a prohibir, en un punto en que el Acuerdo sobre aplicación del Art. VI del GATT nada ha previsto. Si el objetivo del GATT es la liberalización del comercio internacional, debería adoptarse como premisa el que los Estados miembros no pueden imponer más restricciones a dicho comercio que las aceptadas en forma expresa en aquél. En otras palabras, si la elusión no ha sido reprimida por el GATT y sus Acuerdos anexos, deberá entenderse que no se la ha considerado una práctica lesiva del comercio internacional, al contrario de lo que sí se ha hecho, por ejemplo, con el dumping y las importaciones subvencionadas. De allí se sigue, entonces, que su prohibición por parte del Reglamento constituye un exceso de reglamentación del Acuerdo sobre aplicación del art. VI GATT, contrario a su contenido.

En este sentido, no considero suficiente fundamento el invocado en el considerando transcripto. La supuesta resolución ministerial *ad hoc* -de la cual no se aporta ningún dato que permita identificarla- no puede constituir más que la identificación de un problema a analizar y, eventualmente, a incluir en la agenda de futuras negociaciones, pero nunca puede equipararse a lo efectivamente declarado u omitido en el GATT o en sus Acuerdos anexos, ni menos aún suplirlo o completarlo. Es claro que ambos textos no tienen el mismo valor normativo ni tampoco los mismos efectos jurídicos, así que este fundamento es completamente inadecuado. Por otra parte, las pretendidas “*lagunas de las negociaciones multilaterales*” tampoco sirven de justificante de la norma objetada, ya que lo que el Reglamento llama de tal modo debe en realidad considerarse como una manifestación de voluntad de los Estados firmantes del Acuerdo, de no incluir la temática en cuestión. En caso contrario, cualquiera de dichos Estados podría dictar las regulaciones más variadas, alegando que se trata de temas que tampoco están incluidos en el GATT por “*lagunas de las negociaciones*” respectivas.

²⁴. En igual sentido se expedía el Considerando N° 20 del Reglamento N° 3283/94/CE.

La aplicación de derechos antidumping a los supuestos de elusión prevista en el art. 13 del Reglamento, entonces, viola lo dispuesto en el Acuerdo sobre la aplicación del Art. VI del GATT, que nada prohíbe a este respecto.²⁵

3. Plazo de vigencia de las medidas provisionales

El artículo 7.4. del Acuerdo dispone que las medidas provisionales se aplicarán "... por el período más breve posible, que no podrá exceder de cuatro meses ..." y, en supuestos especiales, por lapsos de seis y nueve meses.

Por su parte, el art. 7.7. del Reglamento establece como plazo general para dichas medidas, el de seis meses, prorrogable por otros tres y el de nueve en casos específicos.

Este constituye una nueva contradicción con lo establecido en el Acuerdo, que expresamente quiere la mayor posible brevedad para la vigencia de tales medidas, además de fijar los plazos máximos que se han indicado.²⁶

III. REGLAMENTO N° 2026/97/CE SOBRE DEFENSA CONTRA LAS IMPORTACIONES SUBVENCIONADAS

En el capítulo anterior, se ha señalado que las normas comunitarias vigentes en la materia, al momento de las negociaciones de la Ronda Uruguay del GATT, eran el Reglamento N° 2423/88/CEE con las modificaciones que le introdujeron los N° 521/94/CE y N° 522/94/CE, ambos del Consejo.

Posteriormente, la temática de las importaciones subvencionadas recibió tratamiento específico en el Reglamento N° 3284/94/CE -que junto con el N°

^{25.} Los anteriores Reglamentos CEE 2423/88 y CE 521/94, no preveían nada relativo a la "elusión", la cual fue por primera vez regulada en el Reglamento analizado en este trabajo. Si lo hacía el art. 13 del Reglamento N° 3283/94/CE, el primero en introducir la cuestión, en términos idénticos a los del actual.

^{26.} El Reglamento CEE 2423/88, en su arts. 11.5 disponía que el plazo máximo de validez de los "derechos provisionales", sería de cuatro meses, prorrogables por otros dos en supuestos especiales. Como se ve, los plazos vigentes con anterioridad a la conclusión de la Ronda Uruguay eran más cercanos a los establecidos por ésta, que los contenidos en la norma llamada a implementar sus acuerdos. Por su parte, el art. 7.7 del Reglamento N° 3283/94/CE preveía los mismos plazos que el actual.

3283/94/CE sobre dumping, se recordará, derogaron el 2423/88- y en su modificatorio, Reglamento N° 1252/95/CE del Consejo²⁷.

En la actualidad, estas últimas normas han sido a su vez reemplazadas por el Reglamento N° 2026/97/CE²⁸, analizado en el presente trabajo en lo que respecta a su fidelidad a las disposiciones del GATT en la misma materia.

1. Concepto de importaciones subvencionadas

1.1. *El Acuerdo Sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias del GATT*

El Acuerdo referido -en adelante llamado “el Acuerdo”- tipifica la “subvención” a combatir mediante los siguientes elementos: a) contribución financiera estatal, que puede revestir diversas formas; b) sostenimiento de ingresos o de precios en el sentido del art. XVI del GATT; c) otorgamiento de un beneficio por estos medios; y d) especificidad -i.e., su limitación a determinados beneficiarios-, también bajo diferentes modalidades.²⁹

Seguidamente, se clasifican las subvenciones en tres tipos, cada uno de los cuales recibe diferente regulación jurídica:

- a) Subvenciones prohibidas: son las “*supeditadas de jure o de facto a los resultados de la exportación*” y las “*supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados*” -Parte II, arts. 3 y 4-.
- b) Subvenciones recurribles: Son las que, mediante el empleo de cualquiera de los medios indicados en el primer párrafo de este punto, ocasionen efectos desfavorables para los intereses de otros Estados miembros -i.e. daño a su producción nacional, anulación o menoscabo de las ventajas resultantes del GATT 1994 o perjuicio grave a los referidos intereses- -Parte III, arts. 5 a 7-.
- c) Subvenciones no recurribles: Además de las subvenciones “no específicas”, se incluyen bajo esta eximente las que, aún siéndolo, se desti-

²⁷. DOCE N° L 122/2 del 02.06.95.

²⁸. DOCE N° L 288/1 del 21.10.97. Las razones brindadas para el reemplazo de la norma anterior, nuevamente, son la necesidad de corregir problemas en la redacción y de brindar mayor claridad, transparencia y seguridad jurídica -ver Considerandos Nros. 35 a 37-.

²⁹. Acuerdo ..., Parte I, arts. 1 y 2.

nen a la asistencia para actividades de investigación, para regiones desfavorecidas del Estado miembro -en el marco de un plan general de desarrollo regional- y para promover la adaptación de instalaciones existentes a las nuevas exigencias ambientales -Parte IV, arts. 8 y 9-.

Las subvenciones del punto a) precedente, se encuentran prohibidas por su sola *“existencia y naturaleza”* -art. 4.2.-, en tanto que en el caso de las recurribles, además debe probarse *“el daño causado, la anulación o menoscabo y el perjuicio grave”* -art. 7.2.- referidos en el punto b). Con respecto a las del punto c), pueden también ocurrir que *“un Miembro (tenga) razones para creer que tal programa ha tenido efectos desfavorables graves para su producción nacional, capaces de causar un daño difícil de reparar...”* -art. 9.1.- y, por ende, pueda oponerse a dichas subvenciones en el procedimiento y con los alcances que veremos posteriormente.

1.2 El Reglamento 2026/97/CE

La norma comunitaria - en adelante llamada “el Reglamento”-, si bien recoge los conceptos del Acuerdo, los clasifica de manera diferente:

a) Las subvenciones sujetas a derechos compensatorios, son las que reúnen las características de “contribución financiera estatal”, “sostenimiento de ingresos o precios en el sentido del art. XVI del GATT”, “otorgamiento de un beneficio” y “especificidad” -Arts. 2 y 3-. Pero por otra parte -art. 3.4.-, se declara que “se considerarán como específicas”, las que, en el Acuerdo, se denominan “prohibidas” -i.e. supeditadas a la cuantía de las exportaciones y al empleo de productos nacionales-. En esto contrasta con lo establecido en el art. 2.3. del Acuerdo, que también califica como específicas a las subvenciones “prohibidas”, pero que pese a ello les confiere el status de categoría propia, con diferentes consecuencias jurídicas, según veremos.

b) Las subvenciones no sujetas a derechos compensatorios, enunciadas en el art. 4 y siguientes y que coinciden con las de la Parte IV del Acuerdo.³⁰

³⁰. El concepto de subvención existente en el art. 3.1. del Reglamento CEE N° 2423/88 era completamente diferente a la clasificación analizada en el texto. Referirnos en detalle a la misma prolongaría innecesariamente este trabajo, bastando aquí con señalar la diferencia con el régimen actual, que ha procedido a incorporar las definiciones y conceptos del GATT 1994. Por su parte, los contenidos de los arts. 2 y 3 del Reglamento N° 3284/94/CE eran sustancialmente idénticos al del analizado en este trabajo.

1.3. Posible interpretación de las diferentes clasificaciones

1.3.1. El Acuerdo

Con relación al tema en análisis, el Acuerdo prevé dos tipos de procedimientos distintos y con diferentes finalidades. Primero, está el sustanciado dentro del marco institucional de la OMC, cuyo objetivo es lograr que el Estado miembro elimine las subvenciones y medidas compensatorias o, en su defecto autorizar a la parte perjudicada por las mismas a adoptar las pertinentes “contramedidas”³¹. Este procedimiento está regulado en los arts. 4, 7 y 9 con relación, respectivamente, a las subvenciones prohibidas, recurribles y no recurribles. El segundo, por su parte, es el orientado a permitir al Estado miembro perjudicado la adopción de “medidas compensatorias” para evitar o reparar el daño fruto de la práctica ilícita que su industria padece. Previsto a lo largo de la Parte V del Acuerdo, se trata, lógicamente de un procedimiento interno del referido Estado.

En lo que al cauce previsto para actuar en la OMC respecta, la diferencia apuntada entre subvenciones prohibidas y recurribles tiene especial relevancia, dado que cuando se trata de las prohibidas, concurren dos notas específicas:

- a) la intervención del Grupo Permanente de Expertos (GPE), cuyo dictamen resulta vinculante para el OSD en la determinación de si existen o no tales subvenciones -arts. 4.5, 24.3 y 24.4, principalmente-;
- b) los hechos a probar, los que, a diferencia de lo que ocurre con las subvenciones recurribles, pueden circunscribirse a la existencia y naturaleza del ilícito, sin que deban extenderse también a la acreditación de daño a la producción nacional o a la anulación o menoscabo de intereses del Estado afectado -comparar arts. 4.2 y 7.2-.

Consecuentemente, para obtener la eventual autorización para la aplicación de contramedidas, deben demostrarse menos hechos en el caso de subvenciones prohibidas, que en el las recurribles -i.e., la sola existencia y naturaleza de las mismas, pero no los daños actuales y potenciales que pueden provocar-.

³¹. “... la teoría general de las contramedidas ... permite al sujeto afectado por el hecho ilícito internacional de otro sujeto la utilización de medios perjudiciales para el infractor con el objetivo de restaurar el respeto por el derecho.” Miquel Montañá Mora, “La OMC y el reforzamiento del sistema GATT”, Mc. Graw - Hill, 1997, pág. 144.

Ahora bien, en lo que respecta al procedimiento de medidas compensatorias, el Acuerdo reiteradamente exige que la adopción de derechos de esta índole por el Estado perjudicado, tanto en forma provisional como definitiva, debe fundarse en la existencia de un daño o de su amenaza. Así lo exigen los arts. 15 -determinación de la existencia de dicho daño-, 17.1.b) -medidas provisionales-, 18.2 -acuerdos- y 19.1 -establecimiento y percepción de derechos compensatorios-, principalmente.

Queda aquí la duda de si el Acuerdo permite a sus signatarios la imposición de derechos compensatorios en los casos de subvenciones cuya acreditación no requiere el elemento "daño", esto es, en caso de las subvenciones "prohibidas". Si así no fuera, podría sostenerse que para estas últimas se ha reservado exclusivamente la instancia internacional de reclamación. Pero previamente, resulta conveniente analizar la regulación comunitaria del instituto en estudio.

1.3.2. El Reglamento

La norma comunitaria, hemos visto, agrupa a las subvenciones "prohibidas" y "recurribles" del Acuerdo, en una sola categoría, cuya nota común sería la "especificidad" -art. 3-. Expresamente se señala, al respecto, que "... se considerarán como específicas las siguientes subvenciones ...", para seguidamente incluir textualmente las "prohibidas" del Acuerdo -art.4 de este último-.

Esta divergencia del reglamento con respecto al convenio internacional que implementa, tiene a mi criterio las siguientes consecuencias:

- a) La más relevante, que la CE está dispuesta a imponer derechos compensatorios no solamente frente a subvenciones "recurribles", sino también en el caso de las "prohibidas". En efecto, en el Reglamento todas las subvenciones "específicas" pueden ser contrarrestadas por este medio, de acuerdo con el procedimiento previsto en el art. 10 y siguientes.
- b) No obstante que en el Acuerdo no se exige la comprobación del daño causado por las subvenciones "prohibidas" para habilitar la instancia internacional de reclamación, la regulación conjunta que, de éstas y de las "recurribles", hace el Reglamento, obliga a la Comisión a acreditar que las primeras también producen un daño -o su amenaza- en territorio comunitario, como fundamento de la posterior imposición de derechos compensatorios. Hay aquí una nueva diferencia con relación al Acuerdo, que en el primer caso solamente exige la comprobación de

su existencia -y tampoco del daño-, para que puedan efectuarse reclamaciones al Estado responsable. Así entonces, la CE podría actuar en el plano internacional sin alegar que las subvenciones “prohibidas” de su hipotético reclamo ocasionan un perjuicio dentro de su territorio, pero para contrarrestarlas en el plano interno -mediante derechos compensatorios- debería basarse en la efectiva producción de dicho perjuicio.

1.3.3. Valoración de la norma comunitaria

Debe analizarse si, a consecuencia de la diferente regulación que se ha señalado, el Reglamento ha incurrido en una violación del Acuerdo o si, por el contrario, existe en el mismo suficiente base para justificar lo dispuesto en el primero.

- a) Una primera interpretación podría sostener que las subvenciones “prohibidas” solamente podrán ser materia de litigio en el marco de la OMC y que, así, se habrá sustraído a los Estados miembros la posibilidad de actuar unilateralmente a su respecto, pudiendo en cambio defenderse contra la otra especie de subvenciones. La interpretación expuesta sería por ello coherente con el objetivo de liberalizar el comercio internacional que posee el GATT, al restringirse el poder estatal para imponer trabas al mismo sin someterse a la jurisdicción de las instituciones internacionales que deben aplicar dicho convenio. Pero de este modo, el Estado importador solamente podría aplicar derechos compensatorios para evitar los daños causados por las subvenciones “recurrirles”, en lugar de poder hacerlo también en el otro supuesto.
- b) Por otra parte, también podría aducirse que el Acuerdo regula dos vías de actuación diferentes: en el plano internacional se exigen menos requisitos para habilitar la imposición de contramedidas frente a subvenciones “prohibidas” que en caso de las “recurrirles”; pero ello no implica que en el plano interno, el Estado miembro no pueda protegerse de ambas clases de subvenciones en la medida que se constate la efectiva producción de un daño a su industria. Esta tesitura podría hallar fundamento normativo en el art. 11 del Acuerdo, que permite iniciar un procedimiento de investigación para “... *determinar la existencia, el grado y los efectos de una supuesta* subvención ...” -el subrayado me pertenece-, sin remitirse a ninguna de las distinciones efectuadas previamente en las Partes II -“prohibidas”-, III -“recurrir-

bles"- y IV -"no recurribles"- . Así entonces, el Reglamento comunitario dispondría lo correcto, al permitir la imposición de derechos compensatorios en cualquier situación en que se determine la provocación de un perjuicio.

La solución, en mi opinión, viene dada por la interpretación conjunta de los arts. 1, 3.1 y 5 del Acuerdo. El primero de ellos define el género de "subvención"; el segundo distingue una especie de dicho género -las "prohibidas"- y le atribuye ciertos efectos -posibilidad de contramedidas ante su sola existencia, agotadas las vías de solución de conflictos previstas-; el tercero, al hablar de las subvenciones "recurribles", *no establece una nueva especie del género "subvención", sino que de su texto se infiere que cualquier elemento de dicho género es susceptible de causar un "perjuicio grave a los intereses de otro Miembro"* -art. 5.1.C.-. Así entonces, si las subvenciones "prohibidas" causaren un perjuicio en el país importador, en tanto que especie del género "subvención", les serían aplicables las mismas previsiones normativas que a cualquier otra manifestación de dicho género. Su especificación en el art. 3.1., por ende, solamente existiría a los efectos de lo que se indica en la Parte III del Acuerdo, esto es, el diferente procedimiento ante la OMC y la posibilidad de aplicación de contramedidas sin necesidad de acreditar el daño. Pero en lo que a los "derechos compensatorios" atañe, igualmente procederían en su contra, como ante cualquier subvención a la importación que provoque un perjuicio grave en el Estado afectado.

En suma, considero que el Reglamento, en este aspecto, interpreta adecuadamente el Acuerdo y no se aparta de su contenido y fines.

2. Iniciación de investigaciones

Al igual que en el caso anteriormente analizado del Reglamento sobre dumping, el que aquí se estudia prevé la iniciación del procedimiento de investigación a instancia de parte -art. 10.1.-, siempre que se acredite actuar en nombre de la industria de la Comunidad, por un Estado miembro de la CE o bien de oficio por la Comisión, *"en circunstancias especiales"* -art. 10.10-. Por su parte, el art. 10.12 prevé la retirada de la denuncia, en cuyo caso -art. 14.1- *"... se dará por concluido el procedimiento, salvo que dicha conclusión no convenga a los intereses de la Comunidad"*.

Nuevamente nos encontramos ante una posibilidad de continuar una investigación, en un supuesto en que debería darse la misma por finalizada, ya

que el art. 11.1 del Acuerdo prevé como única excepción a la iniciación de actuaciones por denuncia, la establecida en el art. 11.6, cuyo texto es idéntico al ya referido art. 10.10 del Reglamento y, por ende, habilita la competencia de oficio de las autoridades solamente cuando median las aludidas “circunstancias especiales”.

Caben entonces aquí las mismas observaciones que se hicieron al estudiar lo relativo al dumping: Si la Comisión puede mantener en trámite una investigación iniciada por una denuncia luego retirada, por razones de interés de la Comunidad que no caben calificarse como supuestos “especiales” -esto es, excepcionales-, entonces el Reglamento habrá ampliado su competencia investigativa en detrimento de lo establecido en el Acuerdo.

3. Elusión

De nuevo al igual que en caso del Reglamento sobre dumping, en el presente se prevé la figura de la “elusión” de derechos compensatorios -art. 23.1-, no obstante que la misma no ha sido objeto de regulación en el Acuerdo.

A diferencia de aquel caso, no obstante, en esta oportunidad no se hace mención a ninguna actuación ocurrida en el marco de la OMC, que reconozca la existencia, al menos, de un problema al respecto. En efecto, el considerando 23 del Reglamento solamente dice que, “*...aunque el Acuerdo sobre subvenciones no incluye ninguna disposición sobre la elusión de las medidas compensatorias, la posibilidad de dicha elusión existe en condiciones similares, aunque no idénticas, a la elusión de las medidas antidumping; ...*”, razón por la cual se estima pertinente la regulación de la figura.

Es claro que a este respecto caben las mismas críticas que se formularon con relación al Reglamento sobre dumping, con mayor razón en tanto que en dicho caso, al menos, se exhibía una fundamentación que, si bien endeble, no era un reconocimiento liso y llano de la intención de ir más allá del respectivo Acuerdo y regular aspectos no incluidos en el mismo. Aquí es lo que se ha hecho y, por ende, el exceso normativo en que se ha incurrido es más patente todavía e igualmente objetable.

IV. REGLAMENTO N° 3285/94/CE APLICABLE A LAS IMPORTACIONES (MEDIDAS DE SALVAGUARDIA)

El Reglamento del título, ha derogado al N° (CE) 518/94 del Consejo³² y, posteriormente, recibió modificaciones en aspectos de mero trámite -relativos

³². DOCE N° L 67/77 del 10.03.94.

al documento de vigilancia- mediante el Reglamento CE Nº 139/96 del Consejo³³.

1. Condiciones

1.1. Requisitos básicos

Según el Acuerdo sobre Salvaguardias -GATT 1994, Anexos 1A-, *“Un miembro sólo podrá aplicar una medida de salvaguardia a un producto si dicho Miembro ha determinado, con arreglo a las disposiciones enunciadas infra, que las importaciones de ese producto en su territorio han aumentado en tal cantidad, en términos absolutos o en relación con la producción nacional, y se realizan en condiciones tales que causan o amenazan causar perjuicio grave a la rama de producción nacional que produce productos similares o directamente competidores.”* -Art. II.2 “Condiciones”-.

El Reglamento CE 3285/94 recoge este concepto en su Título V, art. 16.1, en los siguientes términos: *“Cuando las importaciones en la Comunidad de un producto aumenten en tal forma o en tales condiciones que provoquen o amenacen con provocar un perjuicio grave a los productores comunitarios, la Comisión, con el objeto de salvaguardar los intereses de la Comunidad podrá ...”* adoptar alguna de las siguientes medidas:

- a) Limitar el periodo de validez de los documentos de importación (art. 16.1).
- b) Modificar el régimen de importación del producto (idem).
- c) Establecer un contingente de importación (art. 17).

Si alguna de las dos primeras medidas -a) y b)- se dirige contra un Estado miembro de la OMC, ella sólo será posible “cuando concurren las dos condiciones indicadas” en el referido art. 16.1. Similar restricción no rige con relación al establecimiento de contingentes de importación, como puede inferirse del texto normativo analizado y sobre lo que volveremos más adelante.

Los requisitos exigidos por el Acuerdo, entonces, se refieren a los siguientes aspectos de las importaciones:

³³. DOCE Nº L 21/7 del 27.01.96.

- a) que aumentan en gran cantidad, en términos absolutos o en relación con la producción nacional;
- b) que son realizadas en condiciones, entiendo, mucho más ventajosas que la producción nacional;
- c) que, a consecuencia de a) y b) causan o pueden causar un perjuicio grave a los productos similares o directamente competidores.

El Reglamento incorpora estas características del daño a prevenir mediante las medidas de salvaguardia, en su art. 10, aunque con algunas maticaciones. En efecto,

- a) con respecto al incremento cuantitativo de las importaciones, además de su valoración en términos absolutos o en relación con la producción comunitaria, se agrega también el “consumo comunitario” como una variable más para determinar si hay peligro para dicha producción local -art. 10.1.A)-. Ello puede, de todas formas, resultar conforme con el Acuerdo, en tanto que el art. 7.A) del mismo permite a las autoridades competentes evaluar “*todos los factores pertinentes de carácter objetivo y cuantificable*” relacionados con el caso. Los arts. 10.1.C) y 10.2 del Reglamento, a su vez, enumeran otros factores a tener en cuenta en dicha evaluación.
- b) el Acuerdo manifiesta que solamente habrá “perjuicio grave” en los términos de su art. II.6.a). -“*menoscabo general significativo de la situación de una rama de producción nacional*”- cuando el mismo sea directa consecuencia del aumento de las importaciones -se habla de “*relación causal*”-. Expresamente se señala a continuación que de existir otros perjuicios derivados de factores coexistentes al aumento de importaciones, los mismos no podrán imputarse a dicho incremento; por lo cual “*no se efectuará la determinación a que se refiere el apartado a) del presente párrafo*”, vale decir, no se considerará que existe el necesario “perjuicio grave” habilitante de las medidas de salvaguardia. Al respecto, el Reglamento se aleja claramente del Acuerdo, ya que en su art. 10.1.D), incluye entre los parámetros a analizar en el respectivo procedimiento de investigación, los “*factores distintos de la evolución de las importaciones que provoquen o puedan haber provocado un perjuicio a los productores comunitarios afectados*”. Así, si en el procedimiento de investigación se determinara la existencia de perjuicios para la producción nacional no derivados de aumentos en las importaciones, tal parece

que las autoridades comunitarias podrían adoptar medidas de vigilancia o de salvaguardia, en abierta violación, entonces, del art. II.8 del Acuerdo, que sólo permite las medidas de salvaguardia "*en la medida necesaria para prevenir o reparar el perjuicio grave*" que, según hemos visto, no puede considerarse acaecido por factores distintos del incremento de importaciones.

1.2. El requisito del "interés comunitario"

Como ya se ha señalado, el art. 16.2 dispone que dos de las medidas de salvaguardia previstas en el Reglamento, esto es, la limitación del período de validez de los documentos de importación y la modificación lisa y llana del régimen respectivo, "Respecto de los miembros de la OMC, ... se adoptarán tan sólo cuando concurren las dos condiciones ..." de perjuicio actual o potencial a productores comunitarios y de tutela de los intereses de la UE.

El texto de este artículo, ya estaba presente en el Título V, art. 10, del derogado Reglamento CEE 288/82 del Consejo, aunque obviamente sin la referida limitación de su aplicación conjunta solamente a los casos que involucren a miembros de la OMC. Al respecto, la doctrina ha señalado que era necesaria la existencia de los dos citados requisitos -perjuicio a productores e intereses de la UE-³⁴, para que se dictara una medida de salvaguardia.

La inclusión en el Reglamento aquí analizado de la limitación en cuestión, se presta a diversos análisis acerca de su significado:

- a) Que actualmente, la situación de los países no miembros de la OMC es peor que bajo la vigencia de los anteriores Reglamentos comunitarios, ya que hoy en día sus importaciones podrían verse obstaculizadas por medidas de salvaguardia fundadas en el perjuicio a productores de la UE, aún en los casos en que no existe el referido "interés comunitario". Es importante a este respecto destacar que existen supuestos en

³⁴. Rafael Allendesalazar Corcho -"Instrumentos de Defensa Comercial en las Comunidades Europeas", 1.ª ed. Madrid, Fundación Universidad de Empresa, 1993 (*Cuadernos de Estudios Europeos*; 6), págs. 29/30-, aunque no señala la necesidad imperativa de la existencia conjunta de ambos requisitos, sí dice que los mismos aparecen "normalmente" como fundamento de medidas de salvaguardia. Como se señala en el texto, la finalidad de interés comunitario es necesaria aún cuando las normas sobre salvaguardias no lo digan expresamente, ya que si no se estaría ante un acto jurídicamente viciado.

que medidas de este tenor no fueron implementadas por la Comisión, precisamente, porque se consideró que no existía el aludido interés³⁵.

- b) Que de modo inverso al caso anterior, podrían las autoridades comunitarias establecer medidas de salvaguardia contra países no miembros de la OMC al solo efecto de resguardar el interés comunitario, aun cuando no existiera un perjuicio grave a la producción local. Este caso es mucho más grave que el anterior, ya que nos hallaríamos ante una desnaturalización de las medidas de salvaguardia, un incremento desmedido de las competencias comunitarias y una concepción subyacente de la Política Comercial Común decididamente proteccionista, al menos fuera de la OMC.
- c) Que, desde otro punto de vista, la norma analizada contraviene lo dispuesto en los Tratados Constitutivos en relación con los requisitos de validez de los actos comunitarios. Según el art. 173, párrafo 2º, TCE, el Tribunal de Justicia debe controlar la legalidad de tales actos cuando están afectados, entre otros supuestos, por “desviación de poder”. Esta categoría refiere al ejercicio de competencias para finalidades no previstas en la norma que la confiere, lo cual irroga su nulidad. Tal sería el caso, pues no puede concebirse que las instituciones comunitarias dicten actos sin la finalidad de servir al interés, también, comunitario, que es precisamente el que deben custodiar. Así entonces, nunca se podría, al amparo de los arts. 16.1 y 16.2 del Reglamento, establecer una medida de salvaguardia contra un producto importado de un país no miembro de la OMC, en los casos en que existiera un “perjuicio grave” pero no un “interés comunitario” en su adopción³⁶. Por esta vía, entendemos, no

³⁵. Allendesalazar Corcho, “Instrumentos de Defensa Comercial...”, op. cit. (nota 34), pág. 35, cita el caso de los relojes de cuarzo, Reglamento N° 1087/84 de la Comisión del 18.04.84, Considerando 40, donde se señaló que no existe interés comunitario en la adopción de medidas de salvaguardia, cuando la misma se pide porque la industria de un determinado país no participó activamente en la fase de investigación -de la elaboración del producto- o cuando los productores afectados ya se estuvieran beneficiando de otras medidas de defensa comercial.

³⁶. Queda en pie la cuestión de cómo definir el “interés comunitario” en estos casos. En los supuestos de dumping, el TJCE ha reconocido a la Comisión una amplia discrecionalidad a la hora de determinar qué medidas son las más adecuadas para la tutela de dicho interés, como por ejemplo en el asunto 191/81 “FEDIOL c/Comisión” ([1983] E.C.R. 2913 y sigs., parágr. 26). El mismo criterio, entendemos, sería analógicamente aplicable a las restantes medidas de defensa comercial, como las de salvaguardia. A este respecto, el control de legalidad efectuado por el TJCE ha preferido poner énfasis en la observancia de garantías procesales y en la certera enunciación de lo hechos en que la medida adoptada se funda, más que en la existencia de “desviación de poder”.

sólo sería posible reclamar la nulidad de dicha medida de salvaguardia, sino que también podría impugnarse la validez del propio Reglamento.

En suma, la diferenciación efectuada en el Reglamento entre los fundamentos de medidas de salvaguardia contra productos de países miembros de la OMC y de los que no lo son, deriva en una ampliación de los supuestos en que las mismas pueden imponerse respecto de estos últimos y permite, también, la implementación de medidas puramente proteccionistas contra sus importaciones.

2. Medidas de vigilancia

El Título IV del Reglamento, arts. 11 a 14, regula lo relativo a las “Medidas de Vigilancia” que puede adoptar la Comisión “Cuando la evolución de las importaciones de un producto originario de un país tercero contemplado en el presente Reglamento amenace con provocar un perjuicio a los productores comunitarios ...” -art. 11.1.-.

Tales medidas pueden ser de vigilancia previa y a posteriori, traduciéndose la primera de ellas en la necesidad de presentarse un documento de importación para el despacho a libre práctica de los productos en cuestión.

El instituto bajo análisis es sustancialmente similar al existente en las anteriores regulaciones -i.e., Regl. 288/82- y en tal carácter ha sido analizado por la doctrina: *“Las medidas de vigilancia no son un verdadero instrumento de protección comercial, ya que, por sí mismas, no limitan ni encarecen las importaciones procedentes de países terceros. Se trata más bien de un ‘paso intermedio’ entre la liberalización absoluta y la adopción de restricciones a la importación, que responde, normalmente, a una de las dos finalidades siguientes: o bien someter a examen la evolución de las importaciones de determinado productos ‘sensibles’ procedentes de países terceros, para poder detectar y reaccionar rápidamente ante cualquier incremento sustancial que pudiera perjudicar sensiblemente a los competidores comunitarios y*

Ello porque esta figura, al igual que en el derecho administrativo francés del que deriva, es de difícil prueba, en tanto que involucra la intención subjetiva del agente público en apartarse de la finalidad debida (Jürgen Schwarze, “European Administrative Law”, *Sweet and Maxwell - Office for Official Publications of the European Communities*, London, 1992, págs. 268/269 y 389/395). Sin perjuicio de ello -y del eventual recurso a similares parámetros de control en este caso- nos parece que la calificación jurídica adecuada para el supuesto aquí analizado es la de “desviación de poder”, no obstante lo esquivado que la misma pueda ser en la práctica.

que hiciera aconsejable recurrir a verdaderas medidas de protección, o bien controlar la aplicación de los acuerdos de autolimitación pactados con países terceros, por los cuales éstos se comprometen a limitar determinadas exportaciones a la Comunidad.”³⁷

Además del referido carácter “intermedio”, debe señalarse otra diferencia con respecto a las medidas de salvaguardia propiamente dichas, que surge del articulado del Reglamento en estudio. En efecto, de conformidad con el art. 11.1 precedentemente transcripto, para su adopción se requiere solamente la amenaza de un “perjuicio” a la producción comunitaria. Ello contrasta notoriamente con la exigencia también de un “perjuicio”, pero “grave”, para la procedencia de una medida de salvaguardia. Cabe al respecto preguntarse si tal diferencia en la entidad del referido perjuicio, puede justificarse invocando la distinta magnitud restrictiva de ambas disposiciones, que ha sido señalada por la doctrina citada.

En mi opinión, en las dos situaciones debería ser necesario un perjuicio “grave” para que pudieran actuar las autoridades comunitarias. En efecto, si se parte de considerar a las medidas de vigilancia como pasos previos instrumentales ordenados hacia la determinación de la posterior necesidad de una medida de salvaguardia, parece claro que las razones de la mera vigilancia deberían ser las mismas que las de su posterior consecuencia lógica -la salvaguardia-. En otras palabras, si las medidas de salvaguardia solamente serán posibles si el perjuicio es grave, entonces no tiene sentido vigilar importaciones que, aunque “perjudiciales”, no revisten la referida gravedad.

Contra esto puede argumentarse que las medidas de vigilancia tienen por objeto, precisamente, permitir a las autoridades comunitarias determinar a tiempo la aparición del aludido “perjuicio grave”, mediante la previa atención a situaciones perjudiciales que aún no alcanzaron la señalada gravedad. Sin duda que ello se lograría, pero la pregunta es si no existen otros medios para llegar a idéntico resultado que, a su vez, sean más conformes con la letra y el espíritu del Acuerdo. Al respecto, debe señalarse en primer lugar, que el carácter restrictivo del comercio internacional de estas “medidas de vigilancia”, ha sido aceptado por la doctrina citada precedentemente, bien que especificando que se trata de una restricción “atenuada”. Por otra parte, el Acuerdo contempla la realización de un procedimiento de investigación -art. II.7- cuya finalidad es determinar si existe el “perjuicio grave” que abre paso a la adopción de

³⁷. Allendesalazar Corcho, “Instrumentos de Defensa Comercial...”, op. cit. (nota 34), págs. 23/24.

medidas de salvaguardia. Así entonces, si mediante este procedimiento de investigación del Acuerdo es posible determinar la aparición de tal perjuicio grave -y así lo han entendido y aceptado los firmantes del Acuerdo, entre ellos la UE-, entonces no sería necesaria la implementación de medidas lesivas del comercio, por más leve que dicha lesión fuera, para llegar a idéntico resultado. Admitir lo contrario implicaría contrariar el principio general de liberalización del comercio internacional contenido en los acuerdos OMC y la consiguiente extensión de una excepción a dicho principio -necesariamente de interpretación restrictiva-, como es lo relativo a las medidas de salvaguardia y demás instrumentos de defensa comercial.

3. Los contingentes cuantitativos

Como ya hemos tenido oportunidad de referir³⁸, el Reglamento implementa las disposiciones del Acuerdo relativas al establecimiento de contingentes cuantitativos. No obstante, en el ámbito comunitario ya existía, con anterioridad, una regulación sobre tales contingentes, que no ha sido derogada por la norma aquí estudiada. Es necesario, entonces, analizar el resultado de la vigencia de diversos preceptos jurídicos sobre el tema en cuestión.

3.1. Régimen existente en forma previa

Los contingentes cuantitativos fueron objeto de regulación en el Reglamento CE N° 520/94 del Consejo³⁹. Posteriormente, recibieron una modificación no relacionada con el objeto del presente trabajo -sobre un supuesto de redistribución de cantidades y acerca de su ámbito de aplicación- por el Reglamento CE N° 138/96 del Consejo⁴⁰ y, asimismo, la Comisión dictó sus normas de aplicación en el Reglamento CE N° 738/94⁴¹.

El régimen instaurado en estas disposiciones no manifiesta, al menos expresamente, poseer naturaleza de "medida de salvaguardia". En efecto, de la lectura de su articulado, parece que nos hallamos ante competencias que la Comisión puede ejercer en cualquier circunstancia que se considere oportuno, esto es, como una alternativa más de regulación del comercio exterior de la

38. Ver *supra*, punto IV.A.1.).

39. DOCE N° L 66/1 del 10.03.94.

40. DOCE N° L 21/6 del 27.01.96.

41. DOCE N° L 87/47 del 31.03.94.

CE. No obstante, la imposición de contingentes también estaba prevista en el Reglamento CE N° 518/94 -art. 14.2.- y en el actualmente vigente N° 3285/94 -art. 16.3.-, en los capítulos correspondientes a medidas de salvaguardia. Así, la imposición de contingentes era considerada como una de las aludidas “medidas de salvaguardia” posibles, a la par que existía una regulación autónoma que podía permitir el recurso a ellos en otro contexto que no fuera de excepción, esto es, como un instrumento de política comercial normal.⁴²

El Reglamento CE N° 520/94, entonces, prevé la posibilidad de imposición de contingentes cuantitativos y su gestión en base a los siguientes principios -art. 2.-:

- a) método basado en la consideración de los flujos tradicionales de intercambios -reserva de una parte del contingente a los importadores o exportadores tradicionales, que serán los que justifiquen haber actuado como tales durante un período de referencia a determinar, arts. 6.1 y 6.2-;
- b) método basado en el orden cronológico de presentación de solicitudes -fijación de una cantidad igual para todos los exportadores y aplicación del principio “prior in tempore, potior in iure”, pudiendo requerirse la adjudicación de nuevas cantidades una vez agotada la primeramente asignada, arts. 12.1. y 12.3.-;
- c) método de reparto en proporción a las cantidades solicitadas -art. 13.-.

Este Reglamento no determina ningún orden de prelación entre los distintos métodos de gestión, ni tampoco si su adopción deberá obedecer a tales o cuales circunstancias específicas. Así, el sistema queda concebido con gran amplitud y discrecionalidad, de modo tal que la Comisión podría optar por cualquiera de ellos en todo momento.

^{42.} Los Reglamentos CE 518/94 y 520/094 fueron sancionados el mismo día, como parte de un paquete de medidas sobre política comercial común propuesto por la Comisión al Consejo. El primero de ellos, como se señaló oportunamente, derogó al N° 288/92 sobre medidas de salvaguardia, mientras que el segundo hizo otro tanto con los Nros. 1023/70 y 1024/70. Ninguno de los dos, en ningún momento, hace referencia a normas antecedentes comunes ni al otro Reglamento coetáneamente sancionado, lo cual refuerza la idea de que los contingentes cuantitativos, más allá de su posible utilización como medidas de salvaguardia, son un instituto autónomo y no necesariamente circunscripto a los supuestos necesarios para la procedencia de aquellas.

3.2. Régimen del Reglamento CE 3285/94

La norma analizada en el punto precedente, como se ha señalado, sigue aún vigente, de modo que sus disposiciones se superponen con las de los arts. 16.3 a 16.8 del N° 3285/94, que regulan la imposición de “contingentes” como una posible medida de salvaguardia.

El Acuerdo, por su parte, también refiere a los contingentes en el art. II.9, estableciendo un procedimiento negociado para su distribución -art. II.9.A)- o bien la imposición unilateral, con aprobación del Comité de Salvaguardias, en circunstancias excepcionales -art. II.9.b)-. Asimismo, como principio general, se dispone en el art. VI.22.b) la prohibición de “... *limitaciones voluntarias de las exportaciones, acuerdos de comercialización ordenada u otras medidas similares respecto de las exportaciones o las importaciones*”, disponiéndose la progresiva eliminación de las existentes.

La cuestión que surge, es si los “contingentes” deben imponerse únicamente como medidas de salvaguardia o si, además, pueden también utilizarse como una herramienta de política comercial habitual, sin por ello vulnerar el GATT. Si la primera fuera la respuesta correcta, entonces todo el régimen elaborado en torno al Reglamento CE N° 520/94 sería cuestionable jurídicamente.

A este respecto, resulta de utilidad analizar lo acaecido en el conocido caso del Reglamento CE N° 404/93⁴³ sobre organización del mercado del plátano, que establecía contingentes para la importación de dicho producto y que fue objetado tanto en el ámbito del GATT como ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sin pretender explayarme sobre este caso, ajeno al ámbito de la política comercial común y propio de la P.A.C., considero que algunas de las soluciones a las que el mismo dio lugar pueden valer analógicamente en el presente.

En lo que a la compatibilidad con el GATT importa, el caso del “plátano” motivó la constitución de un panel en el marco del procedimiento de solución de controversias, a requerimiento de Costa Rica, Colombia, Guatemala, Nicaragua y Venezuela⁴⁴. Del contenido del reporte finalmente elaborado, interesan los siguientes puntos:

⁴³. DOCE N° L 47/1 del 25 de febrero de 1993.

⁴⁴. Sigo en el relato a Kuilwijk, “The European Court...”, op. cit. (nota 5), Cap. VII punto E.

- a) El Panel no cuestionó el establecimiento de contingentes a las importaciones en cuanto tales. Analizó, sí, la compatibilidad de la implementación concreta de los mismos con diversas normas del GATT - arts. II y XI, principalmente-, para concluir que, a su respecto, no cabían objeciones. Así, puede concluirse que se acepta la doble posibilidad de que los contingentes a las importaciones se empleen como medida de política comercial "normal" y, en casos especiales y sujeto a lo específicamente regulado, también como medidas de salvaguardia.
- b) Una crítica realizada al Reglamento CE 404/93 que también vale para el N° CE 520/94, se refiere a su compatibilidad con la cláusula de la nación más favorecida, establecida en el art. I.1 del GATT. En efecto, este último, como vimos, establece en su art. 6 el "método basado en la consideración de los flujos tradicionales de intercambios" como un criterio de administración de contingentes, en virtud del cual se otorga preferencia a los importadores o exportadores que lo han sido durante un período de tiempo a determinarse. De implementarse este sistema, claramente se violaría la referida cláusula de la nación más favorecida, ya que habría una diferencia de tratamiento y privilegios para una categoría, de los cuales se privaría a la otra.⁴⁵ No es la primera vez que este problema se plantea en el seno del GATT, aunque con anterioridad a la Ronda Uruguay las soluciones fueron distintas⁴⁶.

⁴⁵. El Reglamento CE n° 3285/94 también aplica el principio del mantenimiento de las "corrientes comerciales tradicionales" -art. 16.3.A)-, pero lo atempera al manifestar que ello se hará "en la medida de lo posible" y, posteriormente, al reconocer la necesaria aplicación de los Acuerdos OMC sobre la materia -art. 16.4.B)-. De este modo, entiendo que la aplicación de contingentes como medidas de salvaguardia no presenta problemas de principio, sin perjuicio de los que puedan sobrevenir en su implementación práctica.

⁴⁶. La cuestión de los contingentes cuantitativos y su eventual contradicción con los principios de no discriminación y de nación más favorecida, ha sido analizada por la doctrina en relación con el Art. XIII, parágr. 2 del GATT antes de la finalización de la Ronda Uruguay. Se ha sostenido que, si bien se prefería un sistema de asignación de "cuotas globales" en base al orden de prelación de solicitudes, no se excluía la atribución de cuotas de importación a determinados países con fundamento en los "flujos tradicionales de intercambios", aún cuando ello implicara "...certain measure of discrimination in the allocation of quota shares ..." (M.C.E.J. Bronckers, "Selective Safeguard Measures in Multilateral Trade Relations", Kluwer -T.M.C. Asser Instituut, Le Hague, 1985). Ello quizás sea una muestra de la debilidad del sistema institucional del GATT con anterioridad a la conclusión de la Ronda Uruguay.

De lo expuesto, en suma, se concluye que existen "contingentes" dentro del Acuerdo sobre Salvaguardias y fuera de él, como medidas de política comercial para situaciones de normalidad y, en cada caso, con su específica regulación normativa.

V. REGLAMENTO (CE) N° 3286/94 DE PROCEDIMIENTOS COMUNITARIOS EN EL ÁMBITO DE LA POLÍTICA COMERCIAL COMÚN ("Trade Barriers Regulation")

El presente Reglamento ha derogado al anteriormente vigente, N° (CEE) 2641/84⁴⁷ -modificado por el (CE N° 522/94⁴⁸ - y, luego de su sanción, ha recibido una modificación relativa a la fecha de su entrada en vigor, por medio del N° (CE) 356/95⁴⁹. A su respecto, para una mejor comprensión de la evolución que ha tenido el instituto de que se trata, se hace necesaria una más estrecha comparación entre las normas vigentes y las derogadas, lo que haremos a continuación.

Este ha sido, quizás, el más polémico de los cuatro analizados en este trabajo, ante la posibilidad de que su sanción fuera interpretada, en el plano internacional, como una manifestación clara de proteccionismo por parte de la CE⁵⁰. En efecto, la norma antecesora del presente, el Nuevo Instrumento de Política Comercial (NIPC), Reglamento CE N° 2641/84 "*... surgió como consecuencia de la voluntad de dotar a la Comunidad de un instrumento de defensa comercial, semejante al que los Estados Unidos establecieron en la Sección 301 del US Trade Act, que le permitiera enfrentarse a prácticas comerciales ilícitas o desleales distintas del dumping y las subvenciones.*"⁵¹ No obstante, la comparación que antecede, si bien sirve para orientarnos acerca de la naturaleza de la norma de que aquí se trata, no es del todo acertada ya que, según también se ha señalado, existe una diferencia esencial entre el Reglamento y la US Trade Act, cual es la sujeción del primero a las normas

47. DOCE N° L 252/1 del 20.09.84.

48. DOCE N° L 66/10 del 10.03.94.

49. DOCE N° L 41/3 del 23.02.95.

50. Jackson - Sykes, "Implementing the Uruguay Round..." ,op. cit. (nota 4), pág. 90, donde se explica que, en oportunidad de la adopción de las normas aquí estudiadas, "...the Commission's proposal for the new so-called trade barriers instrument, the successor of the 'new commercial policy instrument', met with serious objections of principle from some delegations. ... The opponents argued that the adoption of this measure could be seen by the trading partners as a sign that the Community was not totally committed to comply with and implement the Uruguay Round results."

51. Allendesalazar Corcho, "Instrumentos de Defensa Comercial..." , op. cit. (nota 34), pág. 49.

internacionales y cuyo avasallamiento por parte de la segunda ha sido su principal motivo de crítica.⁵² Dicho acatamiento, por su parte, expresamente se manifiesta en el art. 12.2 del Reglamento sobre "*Adopción de medidas de política comercial*"⁵³ y, previamente, en el art. 2.1. "*Definiciones*"⁵⁴.

La cuestión del reconocimiento y sometimiento a las normas internacionales, si bien correcta, no ha bastado, al parecer, para aventar completamente los temores acerca de los posibles efectos proteccionistas del Reglamento de marras. Al respecto, es interesante señalar que las mismas dudas y reparos se habían suscitado en lo tocante al anterior Reglamento, el NIPC ya citado y que, a consecuencia de ellos, los Estados miembros de la CE que objetaban su contenido, requirieron la expresa aclaración de los siguientes puntos: a) respeto a normas y procedimientos internacionales sobre comercio; b) limitado margen de actuación para los particulares, en relación, por ejemplo, con el procedimiento antidumping; c) sistema de garantías previo a la adopción de medidas de política comercial⁵⁵. Analizaré a continuación, con más detalle, la evolución de estos tres aspectos.

⁵². "In the case of the Trade Barriers Regulation, unlike that of Section 301, the problem of retaliatory sanctions contradicting international law is not, in principle, at issue. One arrives at this conclusion after noticing that the Trade Barriers Regulation expressly provides that the actions taken under its authority must be in accordance with international law" -Carlos D. Espósito, "International Trade and WTO Law: The Problem of Direct Applicability of WTO Law", Paolo Mengozzi (ed.), *International Trade Law on the 50th Anniversary of the Multilateral Trade System*, Milan: Giuffrè, (en prensa, 1998)-.

⁵³. "Cuando las obligaciones internacionales de la Comunidad impongan a ésta la realización previa de un procedimiento internacional de consulta o de solución de litigios, las medidas previstas en el apartado 3 únicamente se decidirán una vez concluido dicho procedimiento y teniendo en cuenta los resultados del mismo ...".

⁵⁴. "A efectos del presente Reglamento, se entenderá por 'obstáculos al comercio' cualesquiera prácticas comerciales adoptadas o mantenidas por un tercer país respecto de las cuales las normas comerciales internacionales establezcan un derecho de acción."

⁵⁵. Allendesalazar Corcho, "Instrumentos de Defensa Comercial...", op. cit. (nota 34), pág. 50. Debe señalarse que importante doctrina ha efectuado una valoración positiva de la práctica del NIPC: "... the adoption of Council Regulation 2641/84 ..., which was essentially a response to section 301 in the US Trade Act of 1974 (as amended), contributed to the changing attitude of the EEC vis-à-vis the GATT dispute settlement system. ... Contrary to some initial fears, the 'new instrument' seems to have operated as a legal restraint on protectionist pressures and as a means of promoting recourse to the GATT dispute settlement procedures for settling international trade disputes." Ernst-Ulrich Petersmann, "The GATT Dispute Settlement System as an Instrument of the Foreign Trade Policy of the EC", en "European union and World Trade Law", de. Nicholas Emiliou - David O' Keefe, John Wiley and Sons, Colorado Sp., 1996, pág. 271.

1. Sometimiento a normas internacionales

Ya se ha hecho referencia a las expresas menciones del reglamento sobre el particular, contenidas especialmente en los arts. 2.1 y 12.2. No obstante, deben considerarse algunos aspectos específicos:

- a) El NIPC confería competencia a la CE para actuar frente a “prácticas comerciales ilícitas” llevadas a cabo por otro Estado, mientras que en el Reglamento actual, ello puede hacerse ante “obstáculos al comercio que afecten al mercado de un tercer país” -art. 1.A)-. Considero que el cambio del concepto de prácticas ilícitas por el actual, se traduce en una ampliación de los supuestos en que la CE podría actuar. En efecto, no solamente lo hará cuando el Estado presuntamente agresor actúe ilícitamente, sino también en cualquier otro caso que, aún cuando no revista ilicitud alguna, las autoridades comunitarias consideren que se “obstaculiza” la comercialización de sus bienes.
- b) Asimismo, ya vimos que la definición de “obstáculo al comercio” del art. 2.1, remite a los casos en que *“las normas internacionales establezcan un derecho de acción”*, pero seguidamente se expresa que existe tal derecho *“... cuando las normas comerciales internacionales prohíban el derecho de buscar la eliminación del efecto de la práctica en cuestión”*. En otras palabras, la CE podrá aplicar contramedidas o restoraciones aún en los casos en que, según las invocadas “normas internacionales”, debiera avenirse a las consecuencias de una práctica comercial interna del tercer Estado, cuya legitimidad acepte -o tan siquiera no cuestione- el derecho internacional⁵⁶.

2. Ámbito de actuación de particulares

Como hemos visto, la doctrina consideró al exiguo margen de participación de particulares que el NIPC preveía, como una morigeración de los alcan-

⁵⁶. En sentido favorable a la norma analizada, véase Marco C.E.J. Bronkers, “Private participation in the enforcement of WTO law: The new EC Trade Barriers Regulation”, *Common Market Law Review*, volumen 33, n°2, abril 1996, pág. 306, donde con cita de Petersman, se considera que los casos que él llama de “non violation” de las normas del GATT/OMC pueden igualmente esterilizar sus efectos (se trataría de obligaciones de “buena fe”) y, por ende, deben atacarse mediante el presente Reglamento. Nos permitimos disentir, ya que la liberalización del comercio internacional, propugnada por el GATT/OMC requiere la interpretación restrictiva de los supuestos habilitantes de medidas de defensa comercial; y porque, además, criterios indeterminados como el de “buena fe” pueden servir de esclusa para el crecimiento de actitudes proteccionistas encubiertas.

ces proteccionistas de dicha norma. Al respecto, el actual Reglamento ha modificado sustancialmente la situación, mediante la introducción del conocido como “*Third Track*” y que consiste en la alternativa de iniciación de procedimientos a requerimiento, precisamente, de empresas comunitarias o asociaciones a título individual. Vale decir que, a las dos vías previstas en el NIPC -denuncia en nombre de un sector económico de la Comunidad, art. 3 NIPC y 3 Reglamento e instancia de Estados miembros, art. 4 NIPC y 6 Reglamento- se suma ahora la que aquí se ha señalado -art. 4 Reglamento-.

La norma en cuestión ha recibido diferentes evaluaciones, según el punto de vista del respectivo análisis. Así, desde la perspectiva del incremento de participación de sujetos individuales en los procedimientos internacionales y de la tutela de sus derechos por aplicación de tales normas en el plano interno, es cierto que el nuevo cauce de actuación es positivo⁵⁷. Pero también es cierto que el aumento de posibles denunciantes y presuntos damnificados, en combinación con la amplitud con que han sido concebidas otras normas como las analizadas en el punto precedente, pueden también tener otro efecto cuestionable, como será sin duda la mayor posibilidad de ejercicio de políticas comerciales en forma plenamente discrecional por parte de las autoridades comunitarias.

3. Garantías procedimentales previas a la adopción de medidas

Este tercer aspecto a considerar, también ha sufrido modificaciones en el reglamento actual, en relación con lo regulado en el NIPC. En efecto, en este último, el art. 10.1 sujetaba la adopción de medidas de política comercial a los resultados del procedimiento tendiente a la determinación de su necesidad. Pero en el Reglamento vigente, el art. 12.1 habilita la implementación de tales medidas “*Cuando aparezca (como consecuencia de un procedimiento de investigación, salvo que la situación de hecho y de derecho sea tal que no requiera un procedimiento de investigación) la necesidad...*” -el subrayado me pertenece-.

Tenemos así que, a diferencia de lo previsto en el NIPC, actualmente pueden las autoridades comunitarias declarar la necesidad de contramedidas “por sí y ante sí”, sin que sea necesaria la determinación de su procedencia mediante tramitaciones previas. Dado que es en el marco de dichas actuaciones cuando las partes involucradas pueden ejercer sus garantías, resulta que el régimen actual se traduce en un debilitamiento de la tutela de estas últimas. En

⁵⁷. En este sentido, Carlos D. Espósito, “International Trade ...”, op. cit. (nota 52), págs. 27 y 28.

suma, se trata de otra característica que existía en la regulación originaria de este instituto y que se asociaba con su compatibilidad con las normas internacionales sobre comercio, según se ha señalado, pero que ha sido abandonada en la normativa actual.

4. Valoración del Reglamento en análisis

Al comienzo de este capítulo, se ha señalado que las principales objeciones existentes con relación a este Reglamento, eran consecuencia de la posible finalidad proteccionista que el mismo tendría. Tales objeciones serían aún más relevantes si se considera que, entre todas las medidas de defensa comercial que se estudian en este trabajo, el instituto aquí analizado “... *presenta, sin embargo, una característica que lo diferencia de todas esas otras medidas comerciales: mientras que éstas permiten oponerse a los daños originados por importaciones en la Comunidad de productos procedentes de países terceros, ... (el Reglamento) pretende responder a los perjuicios causados a las exportaciones comunitarias a países terceros*”⁵⁸.

Kuilwijn caracteriza al “proteccionismo” como una consecuencia de las concepciones económicas mercantilistas, en virtud de las cuales se considera que la riqueza de una nación solamente puede obtenerse a costa de las demás, a consecuencia de lo cual debe registrarse un saldo positivo en el comercio internacional, esto es, mayores exportaciones que importaciones⁵⁹. El medio más común para lograr este objetivo, será la edificación de barreras a la entrada de productos extranjeros, pero también es concebible el recurso de contramedidas o retorsiones para lograr que las exportaciones del Estado en cuestión, reciban un trato beneficioso en el extranjero y, de este modo, favorecer también la balanza comercial propia. A este respecto, la pregunta que cabe hacerse es si el Reglamento puede utilizarse con esa finalidad proteccionista, máxime si se tiene en cuenta la amplitud con que, en su texto, se conciben las competencias comunitarias -ver *supra*, puntos V.A, V.B y V.C de este capítulo-.

El GATT 1994, en su art. XXIII, prevé la existencia de las llamadas “reclamaciones sin infracción”, esto es, de reclamaciones que un Estado miembro puede formular “... *contra medidas adoptadas por otro miembro que anulen o menoscaben una ventaja comercial del reclamante, o comprometan el cumplimiento de cualquier objetivo del Acuerdo General, con independen-*

⁵⁸. Allendesalazar Corcho, “Instrumentos de Defensa Comercial...”, op. cit. (nota 34), págs. 49/50.

⁵⁹. Kuilwijn, “The European Court...”, op. cit. (nota 5), especialmente Cap. IX.

cia de que dicha medida infrinja o no el Acuerdo General”⁶⁰. En estos casos, el procedimiento de solución de diferencias instando en el marco de la OMC, puede concluir con una recomendación al Miembro autor de la medida cuestionada para que la retire o llegue a una solución mutuamente satisfactoria con el reclamante, pero sin que tenga por ello la obligación de revocarla⁶¹. Con respecto a estos actos, no procede la adopción de contramedidas por parte del estado perjudicado, en el supuesto de falta de acuerdo, precisamente porque no se trata de conductas antijurídicas que deban castigarse⁶².

La posibilidad de configuración de actos estatales lesivos de ventajas comerciales de otro Estado, pero que no constituyen ilícitos castigados por el derecho internacional, resulta, a mi entender, significativa para el caso en estudio. En efecto, si las competencias previstas en el Reglamento se emplean para combatir actos ilícitos en el comercio internacional, ciertamente no podrá enrostrarse a la CE un actuar proteccionista, dado que la misma debe poder defender sus derechos. Pero si, además, se recurre a las retorsiones y contramedidas para atacar políticas comerciales de otros Estados que no son ventajosas para la CE pero que tampoco son ilícitas, entonces cabe cuestionarse la procedencia de este obrar.

Fuera del marco de la OMC, no hay dudas de que la CE está dispuesta a actuar con todo rigor para proteger cualquier ventaja comercial que su industria pudiera tener. Así, en un hipotético escenario no alcanzado por el GATT y donde no existieran acuerdos internacionales con previsiones similares, entiendo que las medidas previstas en el art. 12 del Reglamento analizado se emplearán en el sentido que aquí se indica, tanto para combatir prácticas ilícitas del Estado de que se trate, como para evitar cualquier desventaja comercial respecto de éste. En suma, aquí nos encontraríamos ante un actuar puramente proteccionista, en el sentido expuesto por Kuilwijk.

Dentro de la OMC, por su parte, la situación tampoco aparece muy clara. Hemos visto -supra punto V.A.-, que el art. 2.1. del Reglamento manifiesta que la CE tendrá “derecho de acción” para aplicar medidas de política comercial, “...cuando las normas comerciales internacionales prohíban el derecho de buscar la eliminación del efecto de la práctica en cuestión”. Puede inferirse entonces que en el caso de las “reclamaciones sin infracción” del art. XXIII del GATT, en

⁶⁰. Montañá Mora, “La OMC y el reforzamiento...”, op. cit. (nota 31), pág. 116.

⁶¹. Conf. “Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias”, art. 26.

⁶². El “Entendimiento” sobre procedimiento permite la “compensación” como una posible vía de solución del conflicto -conf. Art. 26.1.D)-. No obstante, dado el carácter voluntario de esta figura, regulado en el art. 22.1, resulta claro que no hay posibilidad de contramedidas o retorsiones frente a medidas comerciales que no constituyen ilícitos.

las cuales vimos que el otro Estado miembro no está obligado a revocar su medida, la CE estará igualmente dispuesta a aplicarle retorsiones, no obstante la licitud del obrar de aquél. Tal es lo que se entiende de la lectura de la norma referida.

No ignoro que el mismo Reglamento, como ya se ha señalado, expresamente somete la implementación de sus disposiciones a "... *las obligaciones internacionales de la Comunidad* ..." -art. 12.2-, en clara alusión a la OMC, entre otros acuerdos. Pero es cierto que los conceptos contenidos en su citado art. 2.1. no son compatibles con el GATT. En efecto, los "obstáculos al comercio" resultan comprensivos de las prácticas comerciales de otros Estados "con infracción" y "sin infracción" indistintamente; a la par que la CE se autoatribuye "derecho de acción" para aplicar contramedidas aún frente a prácticas comerciales "sin infracción", contrariamente a lo previsto en el Art. XXIII del GATT y sus normas reglamentarias.

Así concebido, el Reglamento resulta un arma poderosa de protección de las exportaciones comunitarias a terceros países, aún cuando el acatamiento de las normas internacionales pueda atemperar y moderar sus potenciales efectos. De todas formas, dicha moderación solamente podría ocurrir en el seno de acuerdos como el GATT, pero no fuera de ellos, de modo que los países no miembros de la OMC podrán ser destinatarios de represalias de toda índole. Incluso en el aludido ámbito de la OMC, si la CE aplicara a rajatabla la norma en cuestión, se producirían multitud de conflictos y litigios que, aún cuando en definitiva se solucionasen a la luz de las referidas "normas internacionales" cuyo respeto se declama, permitirán a la CE adquirir una posición de extrema fortaleza, para hacer valer en las instancias negociadoras que dicho Acuerdo contempla reiteradamente⁶³.

⁶³. Jackson ha señalado la existencia de dos enfoques diplomáticos para actuar en el ámbito del GATT, los llamados "power-oriented diplomacy" y la "rule-oriented diplomacy". El primer caso describe la tesitura de los miembros más importantes de la OMC, que prefieren la solución de controversias en base a negociaciones, en las cuales pueden hacer pesar su poderío. El segundo supuesto, refleja la concepción imperante en los miembros pequeños, que esperan lograr una mayor protección para sus intereses en un sistema de aplicación de reglas jurídicas a los eventuales conflictos ("Governmental Disputes in International Trade Relations: A Proposal in the Context of the GATT", 1979, *Journal of World Trade Law* 1-21). Al respecto, la interpretación que efectuamos en el presente trabajo sobre la posible aplicación del Reglamento 3286/94/CE para fortalecer la posición negociadora de la CE en futuras negociaciones a realizarse en el marco del GATT, sería un ejemplo de perversión de un enfoque presuntamente "rule-oriented" (no olvidemos que el Reglamento expresamente manifiesta someterse a las "normas internacionales" en vigor), para convertirlo en un caso más de "power-oriented diplomacy". Para demostrar que no somos los únicos en advertir esta posibilidad -aunque sí tal vez quienes la valoramos negativamente-, véase Bronckers, "Selective Safeguards...", op. cit. (nota 46) en nota 50, pág. 317, quien dice que la mejora más notable de este Reglamento respecto del NIPC ha sido el fortalecimiento del procedimiento de resolución de controversias de la OMC, en la medida en que exista claramente la amenaza de represalias comunitarias frente a agresiones a su comercio exterior.

En suma, su concepción normativa resulta marcadamente proteccionista, no obstante que su necesaria sumisión al GATT evite a la postre, en dicho ámbito, que sus efectos sean totalmente de esa naturaleza.

VI. CONCLUSIONES

Hemos visto, a lo largo de este trabajo, distintos casos en los cuales los Reglamentos de defensa comercial se apartan y contradicen las prescripciones del GATT. Dicho conflicto puede ser una manifestación concreta de la reticencia de cualquier autoridad nacional -o de la CE, para el caso- a implementar normas que liberalizan el comercio exterior y que, al menos en el corto plazo, pueden traer efectos negativos para su industria y su economía.

En lo que a la aplicación de los Reglamentos atañe, las acusaciones de la doctrina sobre sus efectos proteccionistas no se limitan a objetar aspectos de su articulado. Directamente se acusa a las autoridades comunitarias de emplear las facultades discrecionales que en ellos existen, para obstaculizar el libre comercio, incluso más allá de lo expresamente previsto en las normas. Ello se ha señalado en los casos del Reglamento antidumping⁶⁴, de las medidas de salvaguardia⁶⁵ y del actualmente derogado NIPC⁶⁶.

Lo expuesto, permite completar el cuadro de las posibles ilegitimidades que pueden afectar a las normas analizadas en este trabajo. En primer lugar, su apartamiento de lo establecido en el GATT; en segundo término, su eventual contradicción con el Tratado CE, a consecuencia de la desnaturalización de sus preceptos por recurso a la "desviación de poder".

^{64.} Kuilwijk, "The European Court...", op. cit. (nota 5), Cap. VIII punto F, cita lo acontecido en el caso C-75/92 "Gao Yao c/ Consejo", sentencia del 7 de julio de 1994, en la cual la Comisión aplicó derechos antidumping en base a información falsa, lo cual fue reconocido por el Abogado General aunque a la postre se desestimó la demanda por falta de legitimación activa.

^{65.} Allendesalazar Corcho, "Instrumentos de Defensa Comercial...", op. cit. (nota 34), pág. 24: "En un caso particular, las medidas de vigilancia no buscaron proteger a los productores comunitarios frente a las importaciones procedentes de países terceros, sino que tuvieron por objeto replicar las restricciones impuestas por un país tercero (Estados Unidos) a las exportaciones comunitarias".

^{66.} Idem, págs. 49 / 50 precedentemente citadas, donde se cuentan las objeciones de diversos Estados miembros de la CE ante la propuesta del Reglamento 3286/94, ante la eventualidad de que fuera interpretado por terceros países, como una futura arma proteccionista.

1. Violación del GATT

El problema de la contradicción entre los Reglamentos de defensa comercial y el GATT, remite al del efecto directo de éste en el ámbito de la CE. Sin pretender extenderme sobre este punto -ajeno al presente trabajo-, basta con recordar que, de los precedentes jurisprudenciales existentes, la regla es la negación de dicho efecto directo a mérito de sus características intrínsecas - ámbito para negociaciones internacionales, con previsiones flexibles y regido por el principio de reciprocidad en su implementación, insuficiente sujeción al "rule of law", etc.-. Así lo ha dicho el TJCE en los precedentes "International Fruit Company" con relación al GATT 1947 y, más recientemente, en "Alemania c/ Consejo" (asunto de los plátanos), en lo relativo al GATT 1994.⁶⁷

Las únicas dos excepciones que la jurisprudencia comunitaria acepta y ante las cuales se acepta el efecto directo del GATT, son las establecidas en los precedentes "Fediol" y "Nakajima": a) cuando la CE implementa en su ordenamiento una obligación establecida en el GATT; y b) en los casos en que la norma comunitaria refiere expresamente a las previsiones de dicho tratado internacional.⁶⁸

Al respecto, los cuatro Reglamentos de defensa comercial, expresamente aluden en sus considerandos, a las prescripciones y acuerdos anexos del GATT que implementan en el ámbito comunitario. Así, a todos ellos les sería aplicable la doctrina del caso "Nakajima" y, por ende, podrían impugnarse sus disposiciones ante el TJCE, en la medida en que fueran contradictorias con aquellos.

La única salvedad habría que hacerla con relación al Reglamento CE N° 520/94 sobre gestión de contingentes cuantitativos, que ha sido analizado tangencialmente en este trabajo, en la medida en que regulaba una materia -los "contingentes"- también incluida en el Reglamento CE N° 3285/96 sobre medidas de salvaguardia. A su respecto, señalé -ver supra Cap. IV punto C)- su apartamiento del GATT en lo relativo a la adjudicación de contingentes en base a los "flujos tradicionales de intercambios", dado que se violaría la "cláusula de la nación más favorecida". No obstante, puede decirse que no se trata de una norma aplicatoria del GATT, dado que: a) no refiere expresamente al

⁶⁷. Carlos D. Espósito, "Direct Effect and Direct Applicability of WTO by the European Court of Justice, With a Dantesque Metaphor", *Berkeley Journal of International Law* (en prensa 1998).

⁶⁸. *Ibidem*, pág. 15.

mismo (doctrina del caso “Nakajima”); y b) cuando el GATT y el Acuerdo sobre Salvaguardias se refieren a los contingentes, lo hacen a los supuestos en que esta figura se emplea como medida de salvaguardia, lo cual en el ámbito comunitario ha sido regulado en el Reglamento CE N° 3285/94, pero no en el 520/94, por lo cual este último, al referirse a supuestos de contingentes que no son medidas de salvaguardia sino simples medidas de política comercial, no estaría implementando una previsión del GATT (doctrina del caso “Fediol”). Así, a este respecto, la aplicación de los principios generales que, en la materia, ha sentado el TJCE, llevarían a su no justiciabilidad con fundamento en la vulneración del referido acuerdo internacional.

2. Violación del Derecho Comunitario

En el Capítulo IV, punto A.2.) de este trabajo, se hizo referencia a los casos en que la aplicación del Reglamento CE N° 3285/94 podía violar el ordenamiento comunitario, al permitir su art. 16.2 la adopción de medidas de las allí previstas aún en supuestos en que no mediara “interés comunitario”. Se calificó allí la ilegitimidad como “desviación de poder”, lo cual conllevaría su nulidad a tenor de lo establecido en el art. 173.2 del Tratado CE.

En dicho caso, es un defecto en la redacción de la norma el que permite suponer la eventualidad del apartamiento del referido interés comunitario, al momento de aplicar la misma. Pero en el resto de la amplia gama de supuestos subsumibles en los Reglamentos de defensa comercial, muchas veces no hay una incoherencia normativa manifiesta.

Por otra parte, al comienzo de este capítulo se ha pasado revista a supuestos en los que se han empleado las potestades, principalmente las discrecionales, contenidas en las normas analizadas, con fines proteccionistas que iban más allá de la mera defensa frente a prácticas comerciales ilícitas. El problema, a este respecto, viene dado por la tesitura que, históricamente, ha asumido el TJCE a la hora de controlar tales potestades discrecionales en estas materias. Kuilwijn⁶⁹, en su obra, cita al ex-juez y Presidente del Tribunal, Mertens de Wilmars, quien describe el “principio de la preferencia comunitaria”, en virtud del cual se otorga preferencia al comercio intra-comunitario por sobre el comercio con terceros estados. Así, la aplicación de esta teoría a los casos aquí señalados, conducirá seguramente a una interpretación amplia del alcance de las medidas que, en virtud de los Reglamentos aquí analizados, es

⁶⁹. Kuilwijn, “The European Court...”, op. cit. (nota 5), Cap. VIII, punto F.

posible adoptar. De este modo, se podrá concebir a la finalidad de "defensa comercial" que mediante estas normas se pretende asegurar, con una amplitud tal como para convertirla en una herramienta de suma utilidad para el proteccionismo.

En suma, fuera del ámbito del GATT y también en su seno, al amparo de normas que confieren competencias discrecionales y de los criterios jurisprudenciales reseñados, los instrumentos de defensa comercial, sin duda alguna, se aplicarán más allá de la mera defensa frente a prácticas comerciales ilícitas de terceros Estados y con la innegable finalidad de proteger al máximo posible a la industria de la CE en su comercio exterior.

BIBLIOGRAFÍA

- Allendesalazar Corcho, Rafael, "Instrumentos de Defensa Comercial en las Comunidades Europeas", 1.ª ed. Madrid, Fundación Universidad de Empresa, (Cuadernos de Estudios Europeos; 6); 1993.
- Bael, Igo Van - Bellis, Jean François, "Anti-Dumping and Other Trade Protection Laws of the EEC", Cch Ed. Ltd., 1990.
- Bosche, Pter Van den, "The European Community and the Uruguay Round Agreements", en la obra *Implementing the Uruguay Round*, ed. John H. Jackson - Alan O. Sykes, New York, Clarendon Press, 1997.
- Bronckers, Marco C.E.J., "Private participation in the enforcement of WTO law: The new EC Trade Barriers Regulation", *Common Market Law Review*, volumen 33, nº2, abril 1996.
- Bronckers, Marco C.E.J., *Selective Safeguard Measures in Multilateral Trade Relations*, Kluwer - T.M.C. Asser Instituut, Le Hague, 1985.
- Creally, Eugene, "Judicial Review of Anti-dumping and other Safeguard Measures in the European Community", *Current EC Legal Developments Series*, Butterworths, Hampshire (U.K.), 1992.
- Espósito, Carlos D., "Direct Effect and Direct Applicability of WTO by the European Court of Justice, With a Dantesque Metaphor", *Berkeley Journal of International Law* (en prensa 1998).
- Espósito, Carlos D., "International Trade and WTO Law: The Problem of Direct Applicability of WTO Law", Paolo Mengozzi (ed.), *International Trade Law on the 50th Anniversary of the Multilateral Trade System*, Milan: Giuffrè, (en prensa, 1998).
- Jackson, "Governmental Disputes in International Trade Relations: A Proposal in the Context of the GATT", 1979, *Journal of World Trade Law* 1-21.
- Kuilwijn, Kees Jan, "The European Court of Justice and the GATT dilemma: public interest versus individual rights?", *Beuningen: Nexed Editions - Center for Critical European Studies*, 1996.
- Montañá Mora, Miquel, *La OMC y el reforzamiento del sistema GATT*, Mc. Graw - Hill, 1997.
- Pattison, Joseph E.: *Antidumping and Countervailing Duty Laws*, Clark Boardman Callaghan, New York, 1995.

- Petersmann, Ernst-Ulrich, "The GATT Dispute Settlement System as an Instrument of the Foreign Trade Policy of the EC", en *European union and World Trade Law*, de. Nicholas Emiliou - David O' Keefe, John Willey and Sons, Colorado Sp., 1996.
- Schueren, Paulette Vander, "New anti-dumping rules and practice. Wide discretion held on a tight leash?", *Common Market Law Review*, vol 33, nº 2, 1996.
- Schwarze, Jürgen, "European Administrative Law", *Sweet and Maxwell* - Office for Official Publications of the European Communities, London, 1992.
- Stanbrook, Clive, "Dumping. A Manual on the EEC Anti-Dumping Law and Procedure", *European Business Publications*, Chequers (UK), 1980.